

LA FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS CRÍTICO DESDE EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

María Concepción Torres Díaz
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
Abogada
concepcion.torres@ua.es
@conceptorres



La dicción literal del artículo 1 de Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno dispone textualmente: <<Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento>>. Por su parte, el artículo 12 del mismo cuerpo legal recoge el derecho de acceso a la información pública. Dicho derecho queda recogido en los siguientes términos: <<Toda persona tiene derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española y en esta Ley (...)>>. Tras la lectura de los preceptos referenciados son varias las cuestiones que se suscitan. Máxime si el análisis se realiza desde la sistemática constitucional de los derechos fundamentales y desde un marco conceptual amplio y crítico en cuanto a los términos en los que el máximo intérprete constitucional ha perfilado la participación ciudadana a lo largo de su doctrina constitucional. En este sentido el análisis que se propone parte del reconocimiento de la fundamentalidad del derecho de acceso a la información pública, lo que obliga a profundizar en su naturaleza jurídica a la par que en otras cuestiones. Una fundamentalidad que parece obviarse en la redacción de los preceptos referenciados pese a contar con un claro reconocimiento a nivel europeo e internacional y pese a que su fundamentación constitucional cabría articularla en el análisis conjunto de los artículos 20.1. a) y d), 23 y 105 b) de la CE. Ahora bien, ¿qué implicaciones tendría conceptualizar el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental? ¿En qué términos afectaría a su contenido y/o a su bien jurídico protegido? ¿Y qué ocurriría con su régimen de garantías? Y es que pese a las opiniones a favor de tal conceptualización – procedentes sobre todo del ámbito académico – se observan ciertas resistencias y cierta complacencia para no exceder la delimitación conceptual como <<derecho>> más allá de lo dispuesto en el artículo 105 b) de la CE. Sin duda, esto supone una importante limitación para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Piénsese que no cuenta con las garantías reforzadas que el texto constitucional perfila y, en tal sentido, las expectativas de acción jurídica por parte de la ciudadanía pueden resultar condicionadas.

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso, información pública, derechos fundamentales, transparencia y buen gobierno, participación ciudadana

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

El 6 de diciembre de 2004 el Relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión adoptaron una Declaración conjunta¹ en la que conceptualizan el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas como un derecho humano fundamental. Señalan expresamente que el derecho de acceso a la información pública <<debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, las Leyes de Libertad de Acceso a Información) basada en el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información es accesible, sujeto solamente a un sistema restringido de excepciones>>. La mentada Declaración conjunta apela a la obligación por parte de las autoridades públicas de la publicación de toda aquella información catalogada como de interés público. Es más, señala expresamente que esa obligación de publicar debe llevarse a cabo incluso en ausencia de solicitud expresa. Además, resalta y configura el derecho a la información como un derecho de la ciudadanía y para ello insta a que su materialización se realice a través de un proceso simple, rápido y gratuito o de bajo coste.

Con respecto a las excepciones, el derecho de acceso a la información pública se delimita – en el documento referenciado – de acuerdo a un sistema restringido de excepciones destinadas a proteger determinados intereses públicos y/o, en su caso, privados que sean preponderantes. Según se recoge en la dicción literal de la Declaración conjunta <<las excepciones se aplicarán solamente cuando exista el riesgo de daño sustancial a los intereses protegidos y cuando ese daño sea mayor que el interés público en general de tener acceso a la información>>.

En el ámbito de las discrepancias entre normas y/o conflictos normativos, la Declaración conjunta apela a la prevalencia de las leyes de acceso a la información pública. En esta misma línea precisa que aquellos que soliciten información deberán tener la posibilidad de recurrir cualquier denegación de divulgación de información ante un órgano independiente dotado con plenos poderes para investigar y solucionar dichos reclamos.

Pues bien, a tenor del contenido de la Declaración¹ conjunta referenciada resulta de interés analizar la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE núm. 295 de 10 de diciembre). Y es que la dicción literal del artículo 1 de la ley mentada dispone textualmente:

<<Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento>>.

Por su parte, el artículo 12 del mismo cuerpo legal recoge el derecho de acceso a la información pública. Dicho derecho queda recogido en los siguientes términos:

<<Toda persona tiene derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española y en esta Ley>>.

Tras la lectura de los preceptos referenciados son varias las cuestiones que se suscitan, máxime si el análisis se realiza desde una óptica crítica y desde la sistemática constitucional de los derechos fundamentales. En este sentido el análisis que se propone parte del reconocimiento de fundamentalidad² del derecho de acceso a la información pública lo que obliga a profundizar en su naturaleza jurídica. Una fundamentalidad que parece obviarse en la redacción actual pese a contar con un claro reconocimiento a nivel europeo³ e internacional y pese a que su fundamentación constitucional se insertaría en el análisis conjunto de los artículos 20.1.a) y d), 23 y 105 b) de la CE. Ahora bien, ¿qué implicaciones tendría conceptualizar el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental? ¿En qué términos afectaría a su contenido y a su bien jurídico protegido? ¿Qué ocurriría con su régimen de garantías? Y es que – pese a las opiniones a favor de tal conceptualización procedentes sobre todo del ámbito académico – se observan ciertas resistencias y cierta complacencia para no exceder la delimitación conceptual como <<derecho>> más allá de lo dispuesto en el artículo 105 b) de la CE.

¹ Puede consultarse la Declaración conjunta de 6 de diciembre de 2004 en la siguiente dirección url: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=319&ID=2> (fecha de consulta: 10/09/2013)

² Sobre la fundamentalidad del derecho de acceso a la información pública véase COTINO HUESO, L. “Derechos humanos, internet y TICs”, en REY MARTÍNEZ, F. (dir.), Los derechos humanos en España, un balance crítico, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 418-480.

³ Véase GUICHOT REINA, E. “Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo”, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Madrid, 2011.

Sin duda, esto supone una importante limitación para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública por parte de la ciudadanía (déficit democrático) y es que no podemos obviar esa doble dimensión (objetiva y subjetiva) tributaria de los derechos fundamentales. Dimensión que – en su faceta objetiva – supone el reconocimiento de un claro contenido normativo cuya obligación de observancia corresponde a todos los poderes públicos sin excepción. Y en su faceta subjetiva implica un reconocimiento de titularidad y, por ende, de expectativas de acción jurídica que permitan garantizar su ejercicio.

Partiendo de las anteriores premisas – y en el marco de este I Encuentro Nacional de Gobierno Abierto y Participación Ciudadana ⁴ –, ¿qué valoración (o valoraciones) cabría realizar si el análisis y/o estudio tuviera una dimensión crítica más amplia, esto es, si el análisis propuesto se insertara en un marco conceptual/constitucional en donde la participación ciudadana supone un antídoto ante los actuales déficits de la democracia?

II.- MARCO CONCEPTUAL Y NORMATIVO.

2.1.- Marco conceptual/constitucional.

Abordar el ámbito conceptual de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública requiere – primeramente – de una delimitación etimológica de ambos términos⁵. En este sentido con respecto a la transparencia cabe colegir que la RAE⁶ nos remite a la palabra <<transparente>> del latín trans-, a través, y parens, -entis, que aparece. En su primera acepción se señala que estamos ante un adjetivo que se utiliza para calificar a un cuerpo <<a través del cual pueden verse los objetos claramente>>. En su segunda acepción se alude al carácter translúcido de un cuerpo mientras que en su tercera acepción se señala textualmente que <<se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse>>. Por último, en su cuarta acepción hace referencia a <<claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad>>. En virtud de lo expuesto cabría entender por transparencia una cualidad de transparente, esto es, que puede verse a través de él, que resulta evidente o que se deja adivinar. Aplicada a una organización y/o institución cabría precisar que con la transparencia se alude al carácter transparente de una organización en lo que afecta a la publicación de aquella información que resulte relevante. Por su parte, la transparencia cobra una especial significación en el ámbito del sector público y de la Administración Pública, esto es, cuando es el Estado el que tiene como cometido garantizar su transparencia en la gestión y administración de los recursos públicos así como en cualesquiera otras actuaciones que le resulten propias.

Con respecto al derecho de acceso a la información pública cabe significar que está estrechamente vinculado con el concepto anterior, esto es, con el concepto de transparencia. Y es que no se puede obviar que el derecho de acceso a la información pública se erige en un instrumento que permite hacer efectiva la transparencia. Instrumento que cabe conceptualizar de derecho en la medida que, por un lado, garantiza el interés general y permite el ejercicio del control democrático sobre los poderes públicos y, por otro, en la medida en que – junto al anterior – garantiza un interés particular en aras de obtener y/o acceder a informaciones concretas relativas a un caso particular. De lo expuesto, cabe colegir y diferenciar una doble dimensión del derecho de acceso a la información pública. En este sentido, se podría distinguir entre una dimensión pública en estrecha vinculación con los principios del Estado democrático ya que – como se ha comentado – permite y/o facilita el control sobre los máximos detentadores de información (Gobierno y Administración) y una dimensión privada (y/o particular) en la medida en que determina el camino para satisfacer determinadas pretensiones individuales y/o particulares.

³ Sobre el I Encuentro Nacional de Gobierno Abierto y Participación Ciudadana puede consultarse la siguiente dirección url en donde se recoge el programa de ponencias y actividades llevados a cabo en el marco de ese encuentro: <http://encuentroparticipacionciudadana.com/programa/> (fecha de consulta: 30/04/2015).

⁴ Puede consultarse también los vídeos de las distintas ponencias y sesiones en la siguiente dirección url:

https://www.youtube.com/playlist?list=PLlqBmKoZ9smUam5wfb7JNCfU255WMCYF_ (fecha de consulta 09/05/2015).

⁵ Véase COTINO HUESO, L., “Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. ¿De “valor en alza” a derecho fundamental?”, en IV Jornadas Internacionales sobre “Derechos y libertades fundamentales” (“Los derechos fundamentales en la Unión Europea”), Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 7 y 8 de noviembre de 2002, p. 4. Puede consultarse en la siguiente dirección url:

http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFJAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unizar.es%2Fderecho%2Fdoctorado_humanos%2Fcotino_hueso11.doc&ei=de9sUt2KK8007Ab714HIDA&usq=AFQjCNGZMrp8tjf_ReWMOBnK0makNGDeDA&bvm=bv.55123115,d.Yms&cad=rja (fecha de consulta 22/09/2013). Señala el profesor Cotino Hueso – desde del punto de vista terminológico – como <<“Apertura”, “transparencia”, “acceso a la información”, “acceso a los documentos”, “acceso al expediente” son algunos de los múltiples términos con los que se topa un jurista cuando aborda el tema (...)>>. Continúa señalando como la diferente terminología <<(…) lleva aparejada correlativamente la diversidad denotativa y connotativa y también la variedad de perspectivas con las que se afronta la realidad>>. Realidad que no es otra que el conocer las actuaciones de las Administraciones Públicas – en definitiva del poder – en cualquier momento y no únicamente cuando nos afecte como interesados/as. Precisa el profesor Cotino Hueso como <<El término más amplio y flexible de “transparencia pública” incluye tanto el acceso a la información pública, cuanto otras querencias variadas inspiradas por un mismo principio: evitar el alejamiento de la Administración por opacidad, mostrar la apertura de la Administración a sus ciudadanos>>.

⁶ Consúltese la siguiente dirección url: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=transparente> (fecha de consulta: 22/03/2013)

En lo que atañe a la delimitación etimológica del derecho de acceso a la información pública cabría señalar que por acceso (del latín *accessus*) la RAE alude – en su primera acepción – a <<acción de llegar o acercarse>>. En su tercera acepción se hace referencia a <<entrada o paso>>. Por último, en su cuarta acepción se alude a <<entrada al trato o comunicación con alguien>>. Sin duda las anteriores delimitaciones conceptuales ayudan a perfilar el derecho de acceso a la información pública en la medida en que estamos ante un derecho esencial a tenor de los valores⁷ y principios constitucionales y democráticos que nos rigen. Valores y principios puestos en cuestión cuando el acceso a la información pública se obstaculiza dando lugar a un importante déficit democrático que se ha acrecentado – en los últimos años – debido a los casos de corrupción. No obstante, valores y principios que se verán reforzados en la medida en que tanto la transparencia como el derecho de acceso a la información pública se desarrollen en el marco de la participación ciudadana, esto es, insertos en los llamados <<derechos de participación>> (vid. artículo 23.1 CE⁸). Derechos que no agotan las manifestaciones del proceso participativo en la participación política⁹ sino que abarcan distintas formas de participación en esferas tan dispares como la administrativa, judicial, social, cultural y económica. Esferas a partir de las cuales es factible vislumbrar el derecho de acceso a los medios de comunicación, el derecho de participación en la enseñanza (artículo 27.5 CE), el derecho a la participación de la juventud (artículo 48 CE¹⁰) así como de consumidores y usuarios (artículo 51.2 CE¹¹), el derecho de participación a través de jurado (artículo 125 CE¹²), el derecho a la acción popular y, por último, el derecho de petición (artículo 29 CE¹³). Además, si hablamos de participación ciudadana no debemos olvidar que su articulación constitucional es (también) en calidad de principio y, por tanto, como mandato de optimización. El artículo 9.2 CE lo deja claro cuando insta a los poderes públicos a promover las condiciones y facilitar la participación de la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social. Se podría colegir – a tenor de lo expuesto – como en el ámbito de los derechos llamados 'de participación' se puede atisbar una cierta tendencia a la prevalencia de la llamada democracia participativa¹⁴. Y todo ello sin perjuicio de una constante doctrina constitucional que ha priorizado la participación ciudadana, más exactamente la participación política, en donde han primado los mecanismos de la democracia representativa sobre los de participación directa¹⁵.

Sin ánimo de extenderme más de lo necesario sobre la última cuestión apuntada – aspecto que excedería los objetivos de este trabajo – en el apartado que sigue se analiza el marco normativo de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública diseñado en la actual Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

⁷ Véase el artículo 1.1 de la CE cuando dispone que <<España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político>>.

⁸ Con respecto a las formas de participación política que nuestro texto constitucional recoge expresamente bajo el amparo del artículo 23 CE cabe citar el derecho de sufragio (pasivo y activo). Otras formas de participación se encuentran en el derecho de intervenir en el sistema de concejo abierto, el derecho a participar en el ejercicio del referéndum (STC 51/1984) y el derecho a ejercer la iniciativa legislativa popular (STC 76/1994).

⁹ Véase APARICIO PÉREZ, M.A. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (coords.), Manual de Derecho Constitucional, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 747 y ss.

¹⁰ Véase el artículo 48 de la CE cuando dispone: <<Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural>>.

¹¹ Véase el artículo 51.2 CE. Precepto cuya dicción literal dispone: <<Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca>>.

¹² Véase el artículo 125 CE. Dispone textualmente: <<Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales>>.

¹³ El artículo 29 CE dispone textualmente: <<1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley>>.

¹⁴ COTINO HUESO, L., “La inminente fundamentalización y constitucionalización del derecho de acceso y la transparencia”, en Jornadas Internacionales sobre la Unión Europea, 6 y 7 de mayo de 2004, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, pp. 14-15. Puede consultarse en la siguiente dirección url:

“http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,40/” (fecha de consulta: 22/09/2013).

¹⁵ Sobre esta cuestión resultan interesantes las sentencias del Tribunal Constitucional: STC 10/1983, de 23 de marzo y STC 51/1984, de 25 de abril. Estas sentencias marcan el inicio de una doctrina constitucional consolidada en los años 90 en donde el máximo intérprete constitucional precisa que la Constitución de 1978 “diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa” (STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3). En esta misma línea caben citar otros pronunciamientos constitucionales como la STC 119/1995, de 22 de agosto así como la STC 103/2008, de 11 de septiembre (referéndum) en donde el máximo intérprete constitucional vuelve a pronunciarse sobre la primacía de la democracia representativa frente a la directa.

2.2.- Marco normativo.

En lo que atañe al ámbito normativo¹⁶ cabe significar algunos preceptos que resultan relevantes. Entre ellos – en el marco de los derechos fundamentales en el ámbito europeo – cabe aludir al artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Precepto cuya dicción literal dispone:

<<Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte>>

Se observa como el acceso a los documentos públicos se perfila como un derecho reconocido a todo ciudadano y/o ciudadana de la Unión y a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio en un Estado miembro. No obstante, cabe precisar una limitación por cuanto el derecho de acceso se limita a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Conexo con este precepto cabe aludir al artículo 41.2.b)¹⁷ del mismo cuerpo legal. Precepto que dentro del derecho a una buena administración incluye el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. En el ámbito europeo junto a las normas anteriores cabe precisar la importante labor de la jurisprudencia¹⁸ comunitaria en cuanto a la conceptualización del derecho de acceso como derecho fundamental.

En nuestro ámbito constitucional cabe citar una serie de disposiciones normativas. Entre ellas los artículos 20.1.a) y d), 23 y 105.b) del texto constitucional. Preceptos que constituyen el soporte jurídico sobre el que cimentar la transparencia y la fundamentalidad del derecho de acceso a la información pública. Preceptos cuya ubicación sistemática permite tutelar con las máximas garantías el derecho de acceso a la información pública. Y es que como cabe precisar tanto el artículo 20.1.a) y d) como el artículo 23 de la CE se encuentran ubicados en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la CE. Ubicación que no es baladí puesto que en dicha sección se encuentran positivizados aquellos derechos que el constituyente consideró esenciales para la configuración y articulación del modelo constitucional que nos rige. Un modelo de Estado social y democrático de Derecho que <<exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales>>¹⁹.

Aludía en líneas anteriores al artículo 20.1.a) y d) CE así como al artículo 23 del mismo cuerpo legal y señalaba cómo en la dicción literal de ambos preceptos se encuentra el fundamento constitucional del derecho de acceso a la información pública. Fundamento constitucional que resulta determinante teniendo en cuenta que desde el punto de vista axiológico los derechos fundamentales se erigen en el presupuesto legitimador del pacto constitucional que deviene en social por cuanto articula las bases del conflicto y, al mismo tiempo, las bases para su superación (consenso). Además, conviene reseñar como la propia evolución jurídico/constitucional de los derechos fundamentales ha posibilitado que la fundamentalidad de los mismos se arbitre más allá de esas garantías negativas, esto es, más allá de ser conceptualizados como meros límites al ejercicio del poder (sin perjuicio de la importancia que tal conceptualización tiene) para ser concebidos – al mismo tiempo – como la suma de una serie de valores y principios (STC de 15 de junio de 1981) que permitan la actuación positiva de los poderes públicos en aras de garantizarlos. Junto a esa dimensión axiológica, en la fundamentalidad de determinados derechos constitucionales, se torna ineludible

¹⁶ Desde el punto de vista normativo cabe citar el artículo 255 del Tratado de la Comunidad Europea. Precepto que dispone textualmente “1. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3”. El párrafo 2 del citado artículo continúa señalando “El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam”. Finalmente, el apartado 3 preceptúa “3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos”.

Interesante (también) el Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. El citado Reglamento regula el acceso a los documentos que obren en las instituciones europeas dentro de una serie de límites y excepciones que expresamente se articulan. Asimismo, el Reglamento recoge que los sujetos titulares de este derecho serán la ciudadanía europea así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su sede en un Estado miembro. El Reglamento recoge una serie de excepciones entre las que cabe citar: el interés público, la intimidad y la integridad de una persona, los intereses comerciales de una persona, los procedimientos jurisdiccionales y el asesoramiento jurídico y los objetivos de las actividades de inspección, investigación y auditoría.

¹⁷ Véase el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente, el apartado 2, párrafo 2º. Dispone que el derecho a una buena administración incluye “(...) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial”.

¹⁸ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 1 de julio de 2008. En dicha sentencia los recurrentes de casación instan al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre el alcance y la aplicación de la excepción a la obligación de divulgar documentos prevista en el supuesto de perjuicio para la protección del asesoramiento jurídico, en el artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento nº 1949/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, A.E., Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 2011, p. 15.

hacer referencia a la dimensión subjetiva. Dimensión que podría decirse que se articula bajo una concepción reactiva (y/o defensiva) en la medida en que permite a los sujetos de derecho defender sus intereses frente al Estado (y frente a los poderes públicos) y, como no, frente a otros particulares²⁰.

Realizadas las anteriores consideraciones generales en torno a la conceptualización de los derechos fundamentales – y desde el punto de vista del análisis de la fundamentalidad del derecho de acceso a la información pública – resulta esencial delimitar la dicción literal de los artículos 20.1.a) y d) y 23 de la CE así como del art. 105.b) CE en los que – como se ha significado – se encuentra su base constitucional. En este sentido, en los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE se dispone textualmente:

<<Se reconocen y protegen los derechos (...): a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. (...) d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades>>

Por su parte la dicción literal del artículo 23 CE preceptúa:

<<1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los siguientes requisitos que señalen las leyes>>

Por último el artículo 105.b) queda recogido – en el texto constitucional – en los siguientes términos:

<<La ley regulará: (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas>>

Nos encontramos, por tanto, ante un elenco normativo/constitucional cuyo análisis conjunto permite dotar de fundamentalidad al derecho de acceso a la información pública. Fundamentalidad que puede devenir – incluso – en la configuración de un derecho plenamente autónomo. No obstante, y sin perjuicio de que se pueda profundizar en esa autonomía en cuanto a su configuración constitucional, lo que resulta esencial a los objetos de este trabajo es profundizar en una serie de notas esenciales que permitan dotar de las máximas garantías al derecho de acceso a la información pública. Y es que como señala GUICHOT²¹ <<(…) el reconocimiento y desarrollo legal del derecho de acceso a la información pública está (n) en directa relación con el nivel de democracia de los países>> y con <<la generalización de la democracia representativa>>. Por tanto, que duda cabe que si la configuración del derecho de acceso a la información pública excede del ámbito puramente legal (ordinario) para insertarse en el propio texto constitucional (o a través de un desarrollo normativo reforzado vía Ley orgánica) sin duda se reforzarían las bases del propio sistema democrático.

Aludía en líneas anteriores a una serie de notas esenciales que caracterizan a los derechos fundamentales y que los dotan de mayores garantías en cuanto a su observancia por parte de todos, en general, pero de especial significación para los poderes públicos (en especial – Gobierno y Administración) a la hora de conceptualizar constitucionalmente el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. Conceptualización que – siguiendo las teorías iusracionalistas – se parte de la idea de que los derechos fundamentales son anteriores, superiores y, por ende, preexistente al Estado. Por tanto, la única función estatal queda reducida a <<reconocer>> y <<proteger>> el referenciado derecho. De ahí que se puedan extraer una serie de notas que ayudan a perfilar doctrinalmente los derechos fundamentales. Entre esas notas cabe señalar la centralidad del ser humano, la subjetividad jurídica y/o política en la norma suprema como norma fundamentadora y sustentadora del ordenamiento jurídico, su carácter de directamente aplicable junto a la inalienabilidad, inviolabilidad e imprescriptibilidad del que están investidos y su positivización en el texto constitucional que redundan en una mayor garantía y, por ende, en una tutela real y efectiva más eficaz (artículos 53²² y 54 CE²³). A hilo

²⁰ Véase la doctrina alemana del *Drittwirkung der Grundrechte*.

²¹ GUICHOT REINA, E., “Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas”, Laboratorio de Alternativas, Madrid, 2011, p. 10.

²² El artículo 53 de la CE dispone textualmente: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades; que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo

161.1.a)”. El apartado 2 del precepto referenciado continúa señalando: “2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”. Por último, el párrafo 3 señala: “3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica

los derechos fundamentales por parte del legislador que deberá garantizar en todo momento su contenido esencial y en el reconocimiento a sus titulares de un derecho subjetivo – apoderamiento jurídico para defender, asegurar y ejercer unas determinadas expectativas, concretándose en la posibilidad de exigir a un tercero el cumplimiento de un deber de actuación y/o de abstención. En cualquier caso, conviene precisar como la conceptualización o no de un derecho como fundamental dice mucho del modelo de Estado democrático y de Derecho por el que se apuesta. Y es que para el constituyente catalogar unos derechos como fundamentales implica aceptar que estos son esenciales para el funcionamiento del sistema jurídico/político porque sus pretensiones y expectativas se tornan claves para la organización y funcionamiento del propio sistema jurídico/constitucional.

Extrapolando estas consideraciones al derecho de acceso a la información pública se puede observar como se produce un reforzamiento de nuestro sistema democrático y una apuesta decidida por la democracia participativa²⁴ en donde derechos como la libertad de expresión y/o información cobran un especial valor. Se colige, por tanto, un límite incuestionable al ejercicio del poder por parte de los poderes públicos sometidos a la fiscalización y/o control por parte de la ciudadanía.

Llegados a este punto, y antes de entrar a analizar cómo se perfila el derecho de acceso a la información pública en la actual Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, conviene significar – desde este marco conceptual – cuál sería su objeto y contenido en sede constitucional. Sin olvidar, eso sí, hacer referencia a los titulares del derecho de acceso a la información pública y a sus límites. Obviamente, la determinación de estos extremos se lleva a cabo partiendo de la fundamentalidad del derecho referenciado, por tanto, al hilo del análisis conjunto de los artículos 20.1.a)²⁵ y d)²⁶, 23 y 105.b) de la CE. En cuanto al objeto del derecho de acceso a la información pública cabría precisar que su articulación estaría en relación con su bien jurídico protegido. Bien jurídico que no sería otro que el derecho a acceder a la información que obra en manos de los poderes públicos por parte de la ciudadanía y las personas físicas y/o jurídicas (versus artículo 20.1. a) y d) CE) así como el derecho de acceso a los documentos y expedientes administrativos que obren en manos de la Administración a tenor del artículo 105.b) CE. En vista de lo expuesto cabría preguntarse qué cabe entender por información y, más exactamente, por información pública²⁷ al hilo del derecho referenciado y cómo su ejercicio supone una manifestación del propio derecho de participación (artículo 23 CE) entendido éste como el derecho a solicitar información a los poderes públicos como forma de ejercer la soberanía. Con respecto al contenido habría que estar al conjunto de facultades que se atribuyen a sus titulares entre las que cabría destacar el derecho a acceder (y en su vertiente negativa el derecho a no acceder), el derecho a solicitar información, el derecho a que los poderes públicos faciliten esa información (articulándose a través de su correlativa obligación), el derecho a acceder a la documentación administrativa que obren en manos de la Administración pública, etc. En lo que atañe a la titularidad del derecho – esencial en el análisis de su fundamentalidad – cabría precisar que las únicas restricciones en cuanto a su ejercicio (y no en cuanto a su titularidad) podrían estar relacionadas con la mayoría de edad así como con la capacidad jurídica y/o de obrar. Por lo demás, estaríamos ante un derecho de titularidad universal ya que es la persona, en cuanto tal, quien ostentaría esta titularidad.

En líneas anteriores citaba los límites del derecho de acceso a la información pública. Y es que obsta precisar que no hay derechos ilimitados (y/o absolutos) todos tienen límites. Límites que ayudan a perfilar su contenido esencial y que, obviamente, lo delimitan. Límites entre los que cabe distinguir, unos, que serían immanentes o intrínsecos al propio derecho y, otros, catalogados como externos (verdaderos límites para parte de la

judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”.

²³ El artículo 54 de la CE preceptúa: “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

²⁴ Con respecto al concepto de democracia participativa cabe precisar que se alude a formas de democracia que cuentan con una mayor participación ciudadana. Podría conceptuarse – la democracia participativa – a medio camino entre la democracia representativa y la democracia directa.

²⁵ El apartado a) del artículo 20.1 CE recoge el derecho a la libertad de expresión. Un derecho que protege la libre manifestación de creencias, juicios o valoraciones subjetivas así como la libre difusión de ideas u opiniones.

²⁶ El apartado b) del artículo 20.1 CE reconoce el derecho a la libre información. Un derecho fundamental cuya constitucionalización protege el derecho a comunicar información veraz a través de cualquier medio de difusión (información sobre hechos, con carácter noticiable y veraces). Junto a este derecho la libre información protege también el derecho a desarrollar todo el proceso de obtención y elaboración de la noticia, el derecho a recibir información veraz por cualquier medio de difusión y el derecho a crear medios de comunicación necesarios para el ejercicio de esta libertad. Véase DÍAZ GRECO, M., “Derechos a la privacidad y a la comunicación (arts. 18 y 20 CE)”, en GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (coord.), Esquemas de Derecho Constitucional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 278-284.

²⁷ Sobre la conceptualización de la expresión <<información pública>> véase el artículo 13 de la futura Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. El contenido textual del precepto referenciado dispone: <<Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte que obren en poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones>>.

doctrina) en tanto en cuanto deben articularse a partir de un plus de justificación que afecta especialmente al legislador (en el desarrollo normativo de los derechos), también al contenido esencial (ya que en ningún caso los límites externos lo deben desvirtuar) y al propio principio de proporcionalidad (que se debe observar en todo momento).

Extrapolando estas consideraciones al análisis de la fundamentalidad del derecho de acceso a la información pública se observa cómo resulta esencial perfilarlo – en sede constitucional – en aras de dotar de significación a su propio contenido esencial²⁸. Contenido esencial que permitirá articularlo doctrinalmente no sólo como un derecho de libertad sino como un derecho prestacional en la medida en que correlativamente al ejercicio del mismo por parte de la ciudadanía y de las personas, en general, surge una obligación de actuar y/o de hacer por parte de los poderes públicos.

III. APUNTES SOBRE LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

3.1.- Configuración del derecho.

Abordar la configuración del derecho de acceso a la información pública en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a tenor de las notas sobre la fundamentalidad anteriormente reseñadas requiere de un análisis crítico desde la óptica jurídico/constitucional. Y es que no se puede obviar que una característica que dota de singularidad y relevancia a esta norma es la de contribuir a esa regeneración democrática a la que tanto se apela en determinados foros cuando se alude a la existencia de un déficit democrático inserto en nuestro modelo constitucional. Déficit que deviene por las asimetrías de un pacto que a pesar de su importancia desde el punto de vista del constitucionalismo – por lo que supuso en cuanto al nacimiento de un marco de convivencia pacífica y de garantías de los derechos fundamentales – se podría decir que ha sido (o fue) un pacto que ha privilegiado a los que ostentan el poder. Y es que – en definitiva – hablamos de Poder por cuanto la información y el derecho de acceso a la información otorgan poder. Máxime si esa información afecta al ámbito de <<lo público/político>>, esto es, afecta al Gobierno y a la Administración así como a determinadas instituciones del Estado y, en definitiva, a aquellos que utilizan recursos públicos para el desarrollo de sus funciones y/o actividades. Por tanto, la delimitación legal del derecho de acceso a la información pública contenida en ley resulta de especial significación. En este sentido conviene analizar cuál es la dicción literal de los artículos 1 y 12 insertos en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Preceptos que disponen:

Artículo. 1: <<Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento>>.

Artículo 12:<<Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española y en esta Ley. Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica>>

Pues bien, de la lectura de los preceptos referenciados cabe realizar algunas consideraciones. En primer lugar, se observa como el artículo 1 precisa el objeto de la ley y señala que uno de sus objetivos es <<reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información>>. Sin duda la utilización del verbo <<reconocer>> no resulta baladí en la medida en que implica que ese derecho es previo a la configuración del propio Estado y, por tanto, lo único que hace éste es reconocerlo para garantizarlo. No estamos – en este sentido – ante una <<concesión>> de derechos sino ante un reconocimiento de un derecho previamente existente. El precepto citado relaciona ese derecho de acceso a la información pública con las obligaciones de <<un buen gobierno>> que obliga a los responsables públicos y cuya inobservancia puede acarrear algún tipo de responsabilidad. Sin duda, nos encontramos ante una delimitación conceptual – a priori – interesante puesto que se podría decir que deja abierta la puerta hacia esa fundamentalidad del derecho de acceso. No obstante, la dicción literal del artículo 12 cuando señala que <<todas las personas>> tienen derecho a acceder a la información pública en los términos del artículo 105.b) de la CE y en lo dispuesto en la propia Ley restringe de forma muy considerable esa posibilidad relativa a la fundamentalidad. Y es que el marco sobre el que se erige el derecho de acceso a la información pública queda bastante claro tras la lectura de la dicción literal artículo 105.b) de la CE. Precepto que dispone textualmente que la Ley regulará:

<<b) El acceso de los ciudadanos a los servicios y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas>>

²⁸ Sobre el contenido esencial véase la STC 11/1981 en donde el máximo intérprete constitucional lo define como <<(…) aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga>>.

Se observa como el derecho de acceso a la información pública se articula en base a un derecho cuya ubicación se inserta fuera de la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero del texto constitucional (con las implicaciones en cuanto a fundamentalidad que esta ubicación comporta) así como en base a un desarrollo normativo que se ha plasmado en preceptos recogidos en una disparidad normativa. Entre estos preceptos cabe citar el artículo 37 de la Ley 30/1992²⁹, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Junto a esta norma cabe citar la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público. Otra norma importante – en este ámbito – es la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos en donde se reconoce el derecho de la ciudadanía a relacionarse con la Administración pública a través de medios electrónicos. Se observa, a tenor de lo expuesto, como a nivel normativo el derecho de acceso a la información pública queda perfilado a través de regulaciones parciales, un tanto laxas y que no han dado respuestas a nivel general y, muchos menos, lo han dotado de fundamentalidad.

Siguiendo con el análisis de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en lo que afecta a la regulación del derecho de acceso a la información conviene precisar su ámbito subjetivo de aplicación. Un ámbito a través del cual se determinan los sujetos obligados a garantizar el derecho referenciado en aras de hacer efectiva la transparencia pública. En este sentido conviene acudir al contenido textual del artículo 2 en donde se recoge un elenco de sujetos sobre los que recae esa obligación de transparencia y frente a los que se puede ejercitar el derecho de acceso. Sujetos entre los que se encuentran la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla así como las Entidades que integran la Administración Local. Sujetos como las Entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público, las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades Públicas, las Corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, la Casa de su Majestad el Rey³⁰, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial así como el Banco de España³¹, Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo, las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas sea superior al 50 por 100, las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones así como las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la medida en que por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este Título.

Importante resulta – a los objetos del presente trabajo – el artículo 3 de la Ley que recoge otros sujetos obligados entre los que se encuentran los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales así como entidades privadas que perciban durante el periodo de un año ayudas o subvenciones públicas en cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública³². Precepto incorporado en la tramitación parlamentaria del Congreso puesto que no se recogía en el anteproyecto de Ley inicial.

²⁹ El artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, regula el derecho de acceso a archivos y registros. Señala – en su apartado 1 – que la ciudadanía tiene derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualesquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de solicitud.

³⁰ Con respecto a la inclusión de la Casa de su Majestad el Rey en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cabe precisar que si bien en un principio quedaba fuera de la citada norma, tras la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados del anteproyecto de Ley se modifica incluyendo, en tal sentido, a la Casa de su Majestad el Rey así como al Banco de España, a los partidos políticos, a las organizaciones sindicales y a las organizaciones empresariales. No obstante lo anterior, con respecto a la sujeción de la Casa de su Majestad el Rey la disposición adicional sexta dispone textualmente: <<La Secretaría General de la Presidencia del Gobierno será el órgano competente para tramitar el procedimiento mediante el que se solicite el acceso a la información que obre en poder de la Casa de Su Majestad el Rey, así como para conocer de cualquier otra cuestión que pudiera surgir derivada de la aplicación por este órgano de las disposiciones de esta Ley>>. Se observa como será el Ejecutivo el que decidirá lo que puede o no hacerse público ante la solicitud de un colectivo o un particular, lo que sin duda no reduce en una garantía efectiva a efectos de transparencia ni del derecho de acceso a la información pública.

³¹ La inclusión del Banco de España también constituye una novedad con respecto al anteproyecto inicial. Consúltase el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 7 de septiembre de 2012, núm. 19-1.

³² Con respecto a la inclusión de la Iglesia Católica en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno conviene significar que si bien es cierto que no se incluye expresamente si cabe entender su vinculación por esta ley en la medida en que es receptora de subvenciones públicas.

En cuanto a los sujetos obligados a garantizar y/o suministrar la información pública, el artículo 4 preceptúa que: <<Las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellos de las obligaciones previstas en este Título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato>>.

Con respecto a la publicidad activa, cabe precisar que la norma recoge una serie de principios generales – artículo 5 – cuyo objetivo es su observancia y garantía. Publicidad que hace referencia a la publicación de forma periódica y actualizada de toda la información cuyo conocimiento resulte relevante para garantizar la transparencia en orden al funcionamiento y control de la actuación pública. Conviene precisar que como límite la norma alude de forma expresa a la protección de datos. Asimismo, se precisa que la información sujeta a las obligaciones de transparencia serán publicadas en las correspondientes sedes electrónicas debiendo de garantizar: la accesibilidad, interoperabilidad, calidad y reutilización de la información pública.

En lo que atañe al tipo de información institucional, organizativa y de planificación sobre la que recae la exigencia de transparencia y el derecho de acceso queda recogido en el artículo 6. Por su parte, la información de relevancia jurídica se preceptúa en el artículo 7, siendo el artículo 8 el que regula la información económica, presupuestaria y estadística. Con respecto al control para la observancia de la transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno el proyecto de Ley – en su artículo 9 – alude al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno³³, órgano que podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sean necesarias adoptar para el cumplimiento de la norma, esto es, para velar por la transparencia y por el derecho de acceso a la información pública. Por su parte, el artículo 10 regula el llamado Portal de la Transparencia³⁴ dependiente del Ministerio de Presidencia y cuyo cometido no será otro que facilitar el acceso a toda la información regulada en preceptos anteriores. Relacionado con el precepto anterior, cabe significar el artículo 11 en la medida en que recoge una serie de principios por los que se verá afectado el Portal de la Transparencia. Principios como el de accesibilidad³⁵, interoperabilidad³⁶ y reutilización³⁷.

³³ Sobre el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno véase el artículo 33 y siguientes). El artículo 34 señala que la finalidad del Consejo es promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de Buen Gobierno. El artículo 35 dispone que el Consejo estará formado por la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno y por el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que también lo será de su Comisión. En cuanto a la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno estará formada por un Presidente, un Diputado, un Senador, un representante del Tribunal de Cuentas, un representante del Defensor del Pueblo, un representante de la Agencia Española de Protección de Datos, un representante de la Secretaría de Estado y Administraciones Públicas y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. En cuanto a la figura del Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno cabe precisar que será nombrado por un período no renovable de cinco años por Real Decreto a propuesta del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, entre personas de reconocido prestigio y previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados (artículo 37).

Sobre el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno véase el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.boe.es/boe/dias/2014/11/05/pdfs/BOE-A-2014-11410.pdf> (fecha de consulta: 20/03/2015). Sobre este particular una de las críticas más acusadas ha sido que la elección del presidente del Consejo de Transparencia (máximo garante del respeto del derecho de acceso a la información pública) sea a propuesta del Ministerio de Hacienda, por lo que cabe poner en duda su independencia a la hora de decidir qué información se puede denegar.

³⁴ Sobre el Portal de Transparencia cabe significar que su puesta en marcha es relativamente reciente. En concreto fue el 11 de diciembre de 2014 cuando se puso en funcionamiento. Sin perjuicio de los avances que supone en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, lo cierto es que las críticas no se han hecho esperar. Sobre todo en materia de acceso a la información pública puesto que para ejercer dicho derecho es necesario el registro previo en el sistema Clave a fin de crear una identidad electrónica, o bien, hacerlo a través del DNI. Esta es una de las críticas más generalizada sobre la puesta en marcha del Portal de Transparencia sobre todo porque otras sedes electrónicas como la del CGPJ permite el acceso a la información de manera anónima. Para obtener más información al respecto puede consultarse la siguiente dirección url: http://transparencia.gob.es/es_ES/ (fecha de consulta: 22/04/2015).

³⁵ Con respecto a la accesibilidad el apartado a) del artículo 11 señala que <<se proporcionará información estructurada sobre los documentos y recursos de información con vistas a facilitar la identificación y búsqueda de la información>>.

³⁶ En lo que atañe a la interoperabilidad el apartado b) del artículo 11 precisa que la información publicada será conforme al Esquema Nacional de Interoperabilidad (RD 4/2010, de 8 de enero).

³⁷ Con respecto a la reutilización el apartado c) del artículo 11 apuesta por fomentar que la información sea publicada en formatos que permita su reutilización a tenor de lo previsto en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre.

3.2.- Límites al ejercicio de acceso.

Llegados a este punto en donde se observa la ausencia de fundamentalidad en las notas que caracterizan el desarrollo normativo del derecho de acceso a la información pública resulta esencial aludir a los límites al ejercicio del derecho de acceso recogido en la norma referenciada. Límites cuya articulación normativa se encuentra en el artículo 14. Precepto que dispone textualmente:

<<1.El derecho de acceso podrá ser restringido cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional, b) La defensa, c) Las relaciones exteriores, d) La seguridad pública, e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, h) Los intereses económicos y comerciales, i) la política económica y monetaria, j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión, l) La protección del medio ambiente>>.

El párrafo 2 del precepto anterior continúa señalando:

<<2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso>>.

Se observa como la delimitación del derecho de acceso a la información pública pese a articularse en los términos recogidos en los artículos 1 y 12 de la norma mentada resulta incompleto si se obvia el elenco de límites recogidos en el artículo 14. Y es que como dispone textualmente <<El derecho de acceso podrá ser restringido>>, por tanto, la garantía del derecho queda en el aire a tenor de esa facultad discrecional de restringir el derecho del que pueden hacer uso los sujetos obligados a garantizarlo. Facultad discrecional que – en cierta forma – desvirtúa el propio contenido del derecho de acceso en la medida en que la ausencia de fundamentalidad le hace carecer de fuerza normativa suficiente frente a conceptualizaciones que se argumenten en base a un interés público o privado superior que – a juicio de la propia administración – no justifique el derecho de acceso solicitado a pesar de que no se exige motivación. Los mismos comentarios cabría realizar con respecto a la posible colisión entre el derecho de acceso a la información pública con el derecho a la protección de datos de carácter personal. Colisión que obviamente se resolvería a favor del derecho a la protección de datos puesto que – en este caso – si que estamos ante un derecho cuya articulación goza de fundamentalidad. Por tanto, en caso de una hipotética colisión, ésta se produciría entre un derecho de configuración legal – el derecho de acceso a la información pública – frente a un derecho fundamental ³⁹ – el derecho a la protección de datos de carácter personal.

3.3.- Ejercicio del derecho de acceso.

Con respecto al ejercicio del derecho de acceso resulta esencial analizar su articulación en virtud de lo dispuesto en los artículos 17 a 22 de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Y es que el artículo 17 regula la solicitud de acceso. Un procedimiento que – según se recoge – se iniciará con la presentación de la correspondiente solicitud que deberá dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información. Asimismo cuando la información solicitada se encuentre en manos de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, Organismo o Entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas.

En lo que atañe a la forma de presentación de la solicitud de información se señala que la solicitud podrá presentarse por cualquier medio que permita tener constancia de la identidad del o la solicitante, la información solicitada, una dirección de contacto – preferentemente electrónica – y la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada. En cuanto a las motivaciones para ejercitar el derecho de acceso a la información la norma precisa que los solicitantes no estarán obligados a motivar su solicitud de acceso.

³⁸ Consúltase el artículo 15 de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

³⁹ Véase – entre otras – la SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 18 regula las llamadas causas de inadmisión de la solicitud de acceso – lo que sin duda constituyen límites al mismo. Causas entre las que se encuentran las que se refieran a informaciones que estén en curso de elaboración o publicación general, las referidas a informaciones que tengan carácter auxiliar o de apoyo (opiniones, notas, resúmenes, etc.), las relativas a informaciones para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración, las dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre tales informaciones y las que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo y no justificado. En cualquier caso, ante la inadmisión el órgano encargado deberá indicar en la resolución el competente para conocer de la solicitud.

Con respecto a la resolución (artículo 20) en la que se conceda o deniegue el acceso ésta deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados debiendo ser motivas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan un acceso parcial ⁴⁰ o a través de una modalidad distinta a la solicitada así como las que permitan un acceso cuando haya habido oposición de un tercero. Sin perjuicio de todas las consideraciones realizadas en cuanto a la resolución sobre la concesión y/o denegación del derecho de acceso, sorprende que el texto de la norma recoja expresamente las consecuencias del silencio administrativo. Y es que precisa en el apartado 4 del artículo 20 que <<Transcurrido el plazo máximo para resolver (un mes ampliable a otro en caso de complejidad) sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada>>.

Por lo que respecta a la formalización del derecho de acceso la norma prevé que se realice <<preferentemente>> por vía electrónica <<salvo cuando no sea posible o el solicitante haya señalado expresamente otro medio>>. Significativo esta apuesta por la vía electrónica lo que indudablemente entra en relación con la necesidad de garantizar el derecho a relacionarse electrónicamente⁴¹ con la Administración recogido en el artículo 6.1º de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. En cualquier caso la formalización del derecho de acceso será gratuita.

Por último, con respecto a régimen de impugnaciones la norma prevé una serie de recursos entre los que cabe destacar – por su novedad – la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (artículo 24), con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa. Esta reclamación tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

IV.- CONSIDERACIONES FINALES.

Comenzaba la presente comunicación citando la Declaración conjunta de 6 de diciembre de 2004 en la que el Relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión conceptualizan el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas como un derecho humano fundamental. Pues bien, tras el análisis de la articulación normativa del derecho de acceso a la información pública se observa como su diseño imposibilita dotarlo de fundamentalidad. Y es que el fundamento de su conceptualización se encuentra en el artículo 105.b) CE. Precepto ubicado en el Título cuarto (Del Gobierno y la Administración) del texto constitucional, por tanto, fuera del ámbito de constitucionalización de los derechos fundamentales, esto es, fuera de la Sección primera, Capítulo segundo del Título primero. Pues bien, constatados estos extremos al hilo del desarrollo de los puntos anteriores resulta de interés recordar las cuestiones planteadas al inicio de esta comunicación. Cuestiones entre las que caben destacar las siguientes:

- ¿Qué implicaciones tendría conceptualizar el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental?
- ¿En qué términos afectaría a su contenido y a su bien jurídico protegido?
- ¿Y qué ocurriría con su régimen de garantías?

Sin duda las respuestas a las cuestiones planteadas no resultan baladíes en la medida en que nos permiten reflexionar críticamente sobre la restringida fundamentalidad con la que el legislador ha cumplimentado la falta de transparencia y la falta de normativa específica en materia de derecho de acceso a la información pública. Y es que se constata como el desarrollo del Estado social y democrático de Derecho demanda más dosis de transparencia pública y una conceptualización constitucional de acuerdo con las exigencias de fundamentalidad a nivel internacional del derecho de acceso a la información pública. La omisión de estos extremos permite colegir:

- La falta de un reconocimiento constitucional de fundamentalidad del derecho de acceso a la información pública por parte del legislador (algo ya constatado en la jurisprudencia⁴²).

- Las resistencias por parte de los poderes públicos y de las administraciones públicas a hacer de la transparencia un signo de identidad, si bien es cierto que se atisban cambios⁴³ sobre todo por el guiño que el propio artículo 12 hace para futuros desarrollos autonómicos y/o locales.

- La ausencia de la aplicabilidad de las garantías reforzadas previstas en el artículo 53 de la CE a la hora de la configuración normativa del derecho de acceso en los términos articulados. No obstante, se observan otros mecanismos específicos que – a priori – nacen con el objetivo de garantizar el citado derecho, tales como el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (a pesar de las críticas) y el Portal de la Transparencia.

- La no aplicación al derecho de acceso a la información pública de las notas que determinan la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales (eficacia directa, vinculación a los poderes públicos, indisponibilidad para el legislador, contenido esencial y control judicial, recurso preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (versus artículo 53.2 CE) y desarrollo normativo mediante ley orgánica (versus artículos 53.1 CE y 81.1 CE).

Obviamente las notas extractadas anteriormente permiten realizar una lectura crítica de la naturaleza jurídica sobre la que se ha perfilado el derecho de acceso a la información pública. Naturaleza jurídica que desde estas líneas cabría articular no como se ha realizado sino en base a la fundamentalidad de los derechos de participación ciudadana y, en especial, de la participación política y de libertad de información. Derechos que refuerzan el principio democrático puesto que garantizan una mayor y más fluida comunicación entre la ciudadanía y los sujetos encargados de la gestión de <<lo público/político>>. Derechos que – incluso – permiten apelar al propio concepto de dignidad humana que se erige en pórtico de los derechos constitucionales (fundamentales o no) y cuya lectura al hilo de su concreción constitucional (vid. artículo 10.1 CE) resulta esencial, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en el propio Preámbulo de la norma objeto de comentario en donde se reseña cómo <<la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política>> en aras de <<poder hablar de una sociedad crítica, exigente y participativa>>. A tenor de lo expuesto, permanecen latentes algunas cuestiones que a buen seguro serán objeto de futuros debates y reflexiones. A modo de ejemplo apunto las siguientes:

- ¿Por qué ese interés en no articular el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental? (Piénsese que tanto la transparencia como el acceso a la información pública se erigen en ejes vertebradores de toda sociedad democrática avanzada).

- ¿Por qué tantas resistencias a dicha articulación? ¿Miedo a una sociedad informada y, por ende, con capacidad crítica ante la que rendir cuentas?

⁴⁰ Sobre el acceso parcial consúltase el artículo 16 de la ley.

⁴¹ Sobre el derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración véase COTINO HUESO, L., “Derechos del Ciudadano”, en GAMERO CASADO, E., y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 147 y ss.

⁴² Véase la STS de 30 de marzo de 1999 y STS de 19 de mayo de 2003.

⁴³ Sobre los desarrollos normativos autonómicos cabe citar la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Puede consultarse en la siguiente dirección url: “<http://www.borm.es/borm/documento?obj=anu&id=721016>” “<http://www.borm.es/borm/documento?obj=anu&id=721016>” (fecha de consulta 10/01/2015). Otra norma autonómica sobre la materia es la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. Puede consultarse en la siguiente dirección url: “<http://www.juntadeandalucia.es/boja/2014/124/1>” (fecha de consulta 20/02/2015). En esta misma línea cabe destacar la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León. Puede consultarse en la siguiente dirección url:

“<http://bocyl.jcyl.es/boletines/2015/03/12/pdf/BOCYL-D-12032015-3.pdf>” “<http://bocyl.jcyl.es/boletines/2015/03/12/pdf/BOCYL-D-12032015-3.pdf>” (fecha de consulta: 20/04/2015).

